

[REDACTED]

**Предложения и замечания к проекту постановления  
Пленума Верховного Суда Российской Федерации «О  
некоторых вопросах, возникающих в связи с применением  
судами антимонопольного законодательства».**

*Пункт 5 проекта* — в целом, соглашаясь с редакцией данного пункта, указывающего кого считать хозяйствующим субъектом, на которого распространяется действие Закона о защите конкуренции, следует подчеркнуть, что относительно физических лиц понятие «хозяйствующий субъект», относится к тем физическим лицам, которые занимаются *легальной* предпринимательской деятельностью без регистрации в качестве индивидуального предпринимателя, но осуществляющих профессиональную деятельность, приносящую им доход, и допущенных в ряде случаев заниматься такой деятельностью в силу закона.

В то же время, как показывает практика, физические лица, не являющиеся индивидуальными предпринимателями и не допущенные к осуществлению предпринимательской деятельности без регистрации, также могут являться участниками закупок и одновременно участниками картелей или иных антиконкурентных соглашений. В обоснование того, что они не могут быть участниками картеля, ссылаются на то обстоятельство, что они не являются хозсубъектами в смысле положений Закона о защите конкуренции. На сегодня судебная практика выработала правовую позицию, согласно которой такие физические лица могут являться субъектами правоотношений, регулируемых антимонопольным законодательством, при направленности действий лица на получение прибыли (к примеру, дело № А52-706/2015).

Предлагается, либо подчеркнуть, что в данном случае речь идет о *разрешенной* предпринимательской деятельности физических лиц, либо изменить содержание абзаца по тексту: физических лиц, осуществляющих профессиональную деятельность, - на физических лиц, осуществляющих деятельность, направленную на получение прибыли, или можно просто указать - физических лиц), так как далее указывается квалифицирующий признак - *в связи с их участием в экономической деятельности*, относящийся в равной степени ко всем субъектам, на которых распространяются положения Закона о защите конкуренции.

*Пункт 6 проекта* — предлагается полностью исключить абзац 4. Вводя такой критерий, как отсутствие общего экономического интереса в виду недостаточности правовых и организационных средств для освобождения участника группы от общего правового режима группы, есть риск, что подобная конструкция может вывести из сферы антимонопольного контроля установленные антимонопольным законодательством запреты на действия (бездействия) группы лиц, нивелируя тем самым положения части 2 статьи 9 Закона о защите конкуренции.

*Пункт 9 проекта* — предлагается полностью исключить абзац 4. Предлагая суду оценивать *положение хозсубъекта на товарном рынке* исходя из его переписки, его публичных заявлений в отношении стратегии поведения и т. п., нивелируются положения статьи 5 Закона о защите конкуренции, которые в преамбуле нормы определенно (исчерпывающе) указывают на *качественные* критерии для установления доминирующего положения лица (группы лиц), занимающего доминирующее положение на рынке.

Это *объективная* возможность:

а) оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке,

б) и (или) устранять с этого рынка других хозсубъектов,

в) и (или) затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам.

Далее, в положениях статьи 5 Закона указываются количественные критерии для определения доли на товарном рынке - как для установления индивидуального доминирования субъекта (группы лиц), так и коллективного доминирования (нескольких хозяйствующих субъектов (групп лиц)). Именно здесь, в пункте 2 части 1 статьи 5 Закона, где речь идет об установлении доли, составляющей менее 50%, но позволяющей в силу указанных признаков занимать хозяйствующему субъекту доминирующее положение, говорится о возможности для определения количественного показателя исходить и из *иных* критериев, характеризующих товарный рынок, помимо перечисленных в данной норме. Также предлагается в абзаце 3 слова «юридические» барьеры для доступа на рынке заменить на «административные» и «экономические», как принято у экономистов.

Что касается ссылки в тексте абзаца 4 пункта 9 проекта на переписку хозяйствующего субъекта, его публичные заявления в отношении стратегии поведения на рынке и т. п., как представляется, они могут служить доказательствами стратегии поведения хозяйствующего субъекта в части наличия (отсутствия) в его действиях (бездействии) злоупотребления доминирующим положением, но не могут применяться для оценки положения субъекта на рынке, критерии которого указаны в статье 5 Закона вполне определенно (количественные и качественные характеристики). Кроме того, положения части 4 статьи 5 Закона о защите конкуренции, позволяющие хозяйствующему субъекту представить в антимонопольный орган или суд доказательства того, что его положение не может быть признано доминирующим, достаточны для надлежащего применения этой сложной нормы и требует только дальнейшего развития правоприменительной практики.

Пункт 11 проекта - предлагается во втором абзаце слова *...причинение вреда* иным участниками рынка (покупателям, потребителям как категории участников рынка) заменить на слова *ущемление интересов*, поскольку в антимонопольной практике (ст. 10 Закона о защите конкуренции) приоритет отдан защите законного интереса других лиц, неопределенного круга потребителей (в том числе, в получении определенного социального блага), а не только (не столько) установлению факта причинения вреда другим участникам рынка. Также предлагается исключить слово *чрезмерной* выгоды ввиду как расплывчатости самого понятия, так и недопустимости при недобросовестном поведении доминирующего на рынке субъекта (злоупотреблении) извлекать какие-либо преимущества. Так, в пункте 3 статьи 1 ГК РФ прямо закреплено положение о том, что никто не вправе извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения, независимо от «размера» полученной выгоды.

В четвертом абзаце неопределенными являются такие используемые слова, как действия «имеют разумное оправдание, и/или экономически эффективны для контрагентов». Также непонятно, почему при оценке действий (бездействия) на предмет - являются они **злоупотреблением** или нет, судом могут быть приняты во внимание интересы этого субъекта, связанные с соблюдением техники безопасности (?), выполнения иных обязательных или обычных для соответствующей сферы деятельности требований (?), экономии затрат его собственной деятельности (?), поскольку все эти вопросы находятся в зоне ответственности самого хозяйствующего субъекта и не могут свидетельствовать о злонамеренности его поведения по отношению к своим контрагентам. Кроме того, положения статьи 13 Закона о защите конкуренции позволяют хозяйствующему субъекту в ряде случаев представить в антимонопольный орган или суд доказательства допустимости своих действий (бездействия).

Пункт 12 проекта — предлагается в абзаце 1 убрать слова «в том числе, выражающиеся в недобросовестном поведении, нарушающем права контрагентов», поскольку нарушение принципа добросовестности (недобросовестное поведение) - это и есть злоупотребление правом, а часть 1 статьи 10 ГК РФ прямо указывает на то, что не

допускается использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а *также злоупотребления доминирующим положением на рынке*. На недопустимость монополистической деятельности, запрещенной статьями 10 ГК РФ и 10 Закона о защите конкуренции, и соответствующей квалификации таких действий прямо указывает содержание абзаца первого статьи 12 проекта, из которого следует, что в ходе реализации недобросовестного поведения со стороны доминанта **были нарушены права контрагентов**.

*Пункт 12 проекта* — предлагается абзац 2 полностью исключить. Указание судам на то, что наряду с установлением признаков злоупотребления доминирующим положением следует принимать во внимание обстоятельство - явилось ли бы возможным совершение субъектом определенных действий в отсутствие его доминирующего положения на рынке, лишено какого-либо смысла.

Приведенный пример о включении в договор условия об ограничении ответственности лица, занимающего доминирующее положение на рынке, которое само по себе не свидетельствует о причинении вреда неопределенному кругу заявителей, и не оказывает влияния на конкуренцию, но может быть оценено по правилам статей 400, 428 ГК РФ (обременительные условия), - представляется неубедительным. Во-первых, судебная практика демонстрирует следующий подход: если не имеется неопределенности в нормативно-правовом регулировании рассматриваемого вопроса во взаимоотношениях доминанта с потребителями по условиям заключаемого договора, включая условия ответственности лица, занимающего доминирующее положение, а он, тем не менее, не принимает мер (не идет навстречу контрагенту) на приведение условий договора в соответствии с действующим законодательством, - такое поведение лица, занимающего доминирующее положение, рассматривается как противоправное и находящееся в сфере административного контроля антимонопольного органа. Во-вторых, отсылка потребителей к возможности в данном случае не административной, а судебной защиты значительно ухудшит положение неопределенного круга лиц в споре с крупной компанией. Высшая судебная инстанция неоднократно в своих судебных актах проводила мысль о том, что предусмотренные Законом о защите конкуренции меры предупреждения и пресечения монополистической деятельности установлены *в публичном интересе* и в той мере, в какой данные меры позволяют устранить воздействие лиц, занимающих доминирующее положение, антимонопольное законодательство должно служить цели защиты прав и законных интересов иных участников рынка, включая потребителей. К сожалению, в предлагаемом данном абзаце проекта сфера деятельности антимонопольного органа вновь сведена (в деле защиты неопределенного круга потребителей) только к факту причинения им вреда, а не к цели защиты в целом их прав и законных интересов.

*Пункт 14 проекта* — предлагается в абзаце 1 слова «...направлено на причинение вреда его непосредственным контрагентам...» заменить на слова «...направлено на ущемление интересов...», поскольку в статье 10 Закона о защите конкуренции указывается на недопустимость ущемления интересов других лиц в сфере предпринимательской деятельности и неопределенного круга потребителей (в том числе, и в получении определенного социального блага), а не установлению факта причинения вреда другим участникам рынка, о чем уже указывалось выше.

Абзац 4 полностью исключить, поскольку он противоречит статье 39.1 Закона о защите конкуренции, обязывающей выдавать предупреждения в случае *выявления* признаков нарушения пункта 3 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции (навязывание невыгодных условий договора), в противном случае — предупреждение без выявленных на момент его выдачи признаков нарушений статьи 10 Закона будет признано судом недействительным, что сделает невозможным в дальнейшем возбуждение производства по делу по пункту 3 части 1 статьи 10 Закона.

*Пункт 17 проекта* — предлагается абзац 2 изменить, дать определение монопольно высокой цены, как она изложена в части 1 статьи 6 Закона о защите конкуренции, и изложить комментарий к ней.

Положения статьи 6 Закона о защите конкуренции о монопольно высокой цене товара предусматривают два разных метода анализа цены товара на предмет ее соответствия признакам монопольно высокой цены: затратный метод (метод определения расходов и прибыли, необходимых для производства и реализации товара) и метод сопоставимых рынков.

Правоприменительная практика сложилась таким образом, что оценку цены товара на предмет того является ли она монопольно высокой необходимо начинать с установления наличия сопоставимого конкурентного рынка и установления цены товара на таком рынке. Это связано с тем, что согласно части 4 статьи 6 Закона о защите конкуренции цена товара не признается монопольно высокой в случае непревышения цены, которая сформировалась в условиях конкуренции на сопоставимом товарном рынке. Определение монопольно высокой цены с использованием затратного метода возможно при условии отсутствия сопоставимого товарного рынка, на котором цена товара формируется в условиях конкуренции.

Поскольку, как показывает практика, сопоставимый конкурентный рынок часто отсутствует (что вынуждает использовать только затратный метод при определении монопольно высокой цены) изложение абзаца второго о затратном методе в контексте со словами «и при этом не отвечает уровню цен на сопоставимых конкурентных ранках» представляется не совсем корректным, поскольку создает впечатление обязательного использования двух методов в совокупности.

Тем не менее, остается открытым вопрос, необходимо ли определение монопольно высокой цены с использованием затратного метода в случае установления цены товара доминирующим хозяйствующим субъектом *за пределами цены*, сформированной в условиях конкуренции на сопоставимом товарном рынке.

*Пункт 17 проекта* абзац 3. Соглашаясь в целом с его изложением, полагала бы необходимым разграничить понятия целесообразности определенных расходов (находящегося вне контроля органов ФАС) и их экономической обоснованности (контроль органов ФАС), показать различия на конкретных примерах.

*Пункт 18 проекта* — предлагается абзац 2 исключить. Недостаточно обоснован (или требуется другая редакция) довод о том, что при установлении монопольно низкой цены суд вправе принять во внимание иные коммерческие интересы субъекта с учетом его возможности окупить потери, понесенные в связи с временным применением такой цены. Возможно, необходимо привести пример.

*Пункт 20 проекта* — предлагается абзац 3 доработать или исключить, т.к. не понятен как его смысл в целом, так и последняя фраза «...положениями статей 11. и 11.1 Закона о защите конкуренции *не ограничивается*». Как представляется, ранее предложенный вариант пункта 31 проекта постановления Пленума о применение судами статей 11, 11.1 Закона о защите конкуренции был более содержательным, раскрывал, в чем состоит публичный интерес и как антимонопольные запреты способствуют его реализации в деле защиты и развития конкуренции.

*Пункт 21 проекта* — предлагается из абзаца 2 исключить фразу «... и при этом знали или должны были знать о нарушении их действиями запретов, установленных статьей 11 Закона».

Во втором абзаце предлагается исключить фразу со слов: «В этом случае, в частности, должно учитываться, соответствует ли поведение хозяйствующих субъектов сформировавшимся на рынке условиями деятельности, обусловлено ли оно одинаковой оценкой ситуации на рынке со стороны хозяйствующих субъектов». Остается неясным, как

антимонопольный орган, проводя расследование на предмет наличия антиконкурентного соглашения, может принять во внимание субъективную сторону, находящуюся вне его контроля, — оценку ситуации на рынке *со стороны всех хозяйствующих субъектов*, потенциально участвующих в антиконкурентном соглашении, и как сопряжено такое поведение сформировавшимся на рынке условиями деятельности. Эту фразу предлагается либо исключить, либо возложить бремя доказывания этих обстоятельств на самих участников, если они ссылаются на эти факты.

В четвертом абзаце предлагается исключить фразу: «Вместе с тем, установленные статьей 11 Закона запреты не применяются в отношении неисполнимых соглашений, например, если имеющие между хозяйствующими субъектами договоренности касаются потенциальной конкуренции на рынках, не существующих на момент рассмотрения дела». Указанный вывод представляется излишним, неактуальным на *данный* момент. В то же время, учитывая появление и вызовы цифровой экономики в эпоху *big data*, сопряженные с новым научным знанием, требующим глубокого анализа, напротив, можно предположить, что возможна (например, по заказу крупных компаний) разработка аналитиками будущих (потенциальных) рынков со всеми вытекающими отсюда последствиями, включая возможности различных договоренностей между хозяйствующими субъектами.

*Пункт 25 проекта* — предлагается из абзаца 5 исключить ссылку на статью 17 Закона о защите конкуренции, которая, как видно из содержания нормы, содержит запреты для организаторов торгов и заказчиков, в данном же абзаце речь идет только об участии в торгах хозяйствующих субъектов.

*Пункт 28 проекта* — предлагается абзац 2 доработать или исключить, т.к. не понятен смысл последней фразы «...а также об ожидаемом состоянии рынка и положении его участников, если бы спорное соглашение не имело места».

*Пункт 29 проекта* — предлагается абзац 3 исключить, поскольку противоречит изложенному выше положению о неприменении к группе лиц общих правил статьи 11 Закона о защите конкуренции в случаях, указанных в части 7 данной нормы. Особенно сложно уяснить смысл абзаца (при наличии безусловных запретов положений статьи 11 Закона к остальным случаям принадлежности хозяйствующих субъектов к одной группе лиц) применительно к фразе «...однако может приниматься во внимание при оценке наличия антиконкурентного соглашения».

*Пункт 32 проекта* — предлагается пример, приведенный в абзаце 7, исключить (либо добавить слово «конкурентам»), поскольку его изложение противоречит положениям статьи 4 (пункт 9) Закона о защите конкуренции применительно к антимонопольному регулированию и компетенции антимонопольного органа в деле запретов недобросовестной конкуренции. В норме дано понятие недобросовестной конкуренции как любых действий, направленных на получение преимуществ за счет хозяйствующих субъектов — *конкурентов*.

Абзац 8 предлагается исключить полностью или последнее предложение со слов «...в том числе с использованием доказательств, в совокупности позволяющих судить (далее — по тексту), так как не понятен его смысл.

*Пункт 37 проекта* — предлагается третий абзац исключить, т.к. допущенные органами публичной власти нарушения в связи с их участием в гражданском обороте не могут квалифицироваться по статьям 10 и 11 Закона о защите конкуренции, как совершенные лицами, занимающими доминирующее положение на рынке, или участниками-конкурентами.

*Пункт 39 проекта* — для более точного уяснения смысла предлагается отредактировать 5 абзац: начало второго предложения со слова «Например (далее — по тексту)» заменить на слова «В то же время (далее — по тексту)».

*Пункт 41 проекта* — после прочтения пункта до конца остается неясным, какие торги попадают в сферу антимонопольного контроля (обязательные торги): следует ли относить к ним, например, торги, проводимые в соответствии с законодательством о банкротстве, или торги, проводимые в рамках исполнительного производства, а также **все** закупки, проводимые по Закону о закупках отдельными категориями юридических лиц.

*Пункт 44 проекта* — представляется, что в первом абзаце приведен неудачный пример: изменения сторонами условий договора, заключенного по результатам обязательных торгов, свидетельствующие о том, что для победителя были созданы преимущественные условия участия посредством указания в проекте договора заведомо невыгодных условий для участников торгов, - как раз очевидно свидетельствуют о нарушении требований статьи 17 Закона о защите конкуренции.

Во втором абзаце сделана ссылка только на статью 17 Закона о защите конкуренции, в то время как судебная практика свидетельствует о том, что большая часть таких нарушений требований антимонопольного законодательства может быть квалифицирована по статьям 11 и 16 Закона о защите конкуренции.

*Пункт 45 проекта* - предлагается в абзаце 1 провести четкую и достаточно определенную для правоприменения правовую позицию, изложенную в пунктах 74 и 75 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 23 о том, что ничтожной является сделка, нарушающая требования закона или иного правового акта и при этом посягающая на публичные интересы либо права и охраняемые законом интересы третьих лиц. Применительно к статьям 166 и 168 ГК РФ под публичными интересами, в частности, следует понимать интересы неопределенного круга лиц. Хотелось, чтобы в тексте данного пункта содержались примеры договоров, условия которого противоречат существу законодательного (антимонопольного) регулирования соответствующего вида обязательств, что позволило бы антимонопольному органу квалифицировать указанные торги и договоры, заключенные по их результатам, как ничтожные, способствующие ограничению конкуренции и нарушению публичных интересов.

Во втором абзаце — предлагается исключить фразу со слов «...и не повлечет значительных бюджетных затрат на проведение новых торгов, исполнение нового договора», т. к. она носит неопределенный характер.

*Пункт 48 проекта* — предлагается абзац 3 изложить так, как он изложен в пункте 17 Обзора судебной практики по вопросам, связанным с применением Федерального закона № 223-ФЗ, утвержденного Президиумом Верховного Суда РФ от 16.05.2018, а именно: Антимонопольный орган вправе выносить решения и предписания, необходимые для восстановления прав участников закупки, в частности, если права участников нарушены несоблюдением заказчиком требований к информационной открытости закупки, установлением неизмеряемых требований к участникам закупки, необоснованным ограничением конкуренции и несоблюдением принципа равенства по отношению к участникам закупки (пункты 1, 2 и 4 части 1 статьи 3 Закона о закупках). В предлагаемом варианте компетенция антимонопольного органа, как представляется, сужена до рассмотрения жалоб, касающихся только нарушения заказчиком требований к информационной открытости закупки.

*Пункт 40 проекта* — предлагается абзац 4 в конце дополнить словами «...если соответствующая информация представлена антимонопольному органу в срок, указанный в предупреждении, а меры, принятые лицом, свидетельствуют об устранении нарушений и их последствий».

*Пункт 52 проекта* — остается открытым вопрос: Если коллегиальным органом обжалованное решение территориального антимонопольного органа было частично изменено, в случае обжалования в арбитражный суд решения УФАС (в редакции

коллегиального органа) должен ли привлекаться к участию в деле в качестве соответчика (или третьего лица на стороне ответчика без самостоятельных требований) коллегиальный орган в лице ФАС России, принявший такое решение.

*Пункт 58 проекта* — предлагается исключить 4 абзац, поскольку указание на «менее обременительный способ» самостоятельного устранения субъектом неблагоприятных последствий для конкуренции (в разрез с указанными в предписании) носит достаточно оценочный характер. Непонятно, имеются ли в виду последствия имущественного характера для лица либо какие-то другие обстоятельства. В противном случае нужно привести несколько убедительных примеров.

*Пункт 59 проекта* — предлагается в абзаце 4, касающемся представления в суд в качестве доказательства заключения по вопросу анализа состояния конкуренции на товарном рынке, подготовленного иными лицами по поручению лиц, участвующих в деле, указать, что данное положение применяется в совокупности с выводами, изложенными в пункте 58 проекта, а именно — возможность представления дополнительного доказательства в суд и принятия судом указанного доказательства в том случае, если лицо, ходатайствующее о его принятии, обосновало невозможность его представления на стадии рассмотрения дела антимонопольным органом по причинам, не зависящим от него, и суд признает эти причины уважительными.

*Пункт 60 проекта* - предлагается исключить пункт 2, касающийся обязательного наличия предварительного решения антимонопольного органа перед обращением в суд с иском об оспаривании торгов и договоров, так как данное положение не вытекает из норм Закона о защите конкуренции.

Как указал Конституционный Суд в Определении от 03.04.2012 № 630-О, (пункт 3.3), согласно подпункту "а" пункта 6 части 1 статьи 23 Федерального закона "О защите конкуренции" антимонопольный орган наделен правом обращаться в арбитражный суд с исками, заявлениями о нарушении антимонопольного законодательства... Вместе с тем наделение антимонопольного органа **наряду** с полномочием по выдаче предписаний об отмене или изменении актов, нарушающих антимонопольное законодательство, правом обращения в арбитражный суд с исками, заявлениями о признании недействующими либо недействительными полностью или частично таких актов позволяет антимонопольному органу в каждом конкретном случае нарушения антимонопольного законодательства актами органов исполнительной власти, органов местного самоуправления и иных указанных в законе органов и организаций избрать наиболее оптимальный способ реагирования на такие акты, принимая во внимание степень (масштаб) их влияния на участников экономических отношений, характер возможных последствий и другие обстоятельства.

С учетом изложенного представляется, что антимонопольный орган, обращаясь в суд с иском об оспаривании торгов и договоров, должен показать суду, что избранный им способ является наиболее оптимальным и оперативным для реагирования на нарушение антимонопольного законодательства. Такая оперативность может быть достигнута, в том числе, путем обращения в суд с иском и одновременным ходатайством о принятии обеспечительной меры в виде запрета, например, на совершения действий по исполнению договора сторонами, сохранения статуса-кво. Следует обратить внимание суда на защиту прав слабой стороны, законные интересы и права которой ущемлены действиями доминанта или органа власти.

В таком случае доказательством совершенного нарушения антимонопольного или отраслевого (в части антимонопольных требований) законодательства могут быть заявления потерпевших лиц и составленные по результатам их проверки в соответствии с регламентами ФАС России акты, справки, отчеты, пояснения потенциальных нарушителей и т. п.

Предлагаемый же вариант существенно затянет предъявление соответствующего иска по оспариванию торгов и (или) договоров, поскольку, как показывает практика,

рассмотрение дела по правилам главы 9 может длиться около года. В то же время допущенные хозяйствующим или органом публичной власти нарушения довольно часто бывают очевидны и не требуют предварительного рассмотрения по правилам этой главы.

Как представляется, требование перед обращением с иском в суд обязательного расследования и рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства с обязательным решением и предписанием, которое (не исключено) будет в дальнейшем обжаловано в суде и послужит основанием для приостановления рассмотрения соответствующего иска, существенно отложит возможность быстрого реагирования путем предъявления иска и существенно ослабит антимонопольный контроль за крупными компаниями на рынке и органами публичной власти.

*Пункт 65 проекта* — предлагается дополнить пункт следующим положением. После слов «Неизвещение антимонопольного органа не является основанием для отмены судебного акта со ссылкой на части 3,4 статьи 27- и части 3, 4 статьи 288 АПК РФ...» дополнить словами: «В таком случае обстоятельства, установленные вступившим в законную силу судебным актом по данному делу, не будут являться обязательными для арбитражного суда, рассматривающего дело с участием антимонопольного органа».